

Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage?

Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Jusletter vom 16.12.2013 (Internetzeitschrift). Es ist möglich, dass die auf Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Die Problematik des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht – insbesondere auch nationalem Verfassungsrecht – wird in letzter Zeit (auch im Anschluss an ein neueres Urteil des Bundesgerichts¹) vermehrt nicht nur unter Juristen,² sondern auch in der

¹ BG 2C_828/2011, Urte. v. 12.10.2012. Zu diesem *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter v. 18.3.2013; *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK. Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV), ZBl. 2013, 316 ff.; *Christophe Herzig*, Völkerrecht versus Landesrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Jusletter v. 8.4.2013; *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 ff.

² Vgl. aus der älteren Literatur die Nachweise bei *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 (mit Fn. 1); s. sodann auch die ausführlichen Nachweise bei *Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger*, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000. Auch in jüngerer Zeit hat sich das juristische Schrifttum eingehend mit dem Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht im Allgemeinen und der Frage (potentiell) völkerrechtswidriger Volksinitiativen im Besonderen (wobei es sowohl um die ex ante- als auch die ex post-Perspektive geht (womit einerseits Bezug auf die Frage, ob man völkerrechtswidrige Initiativen „verhindern“ soll, z.B. durch neue Ungültigkeitsgründe, genommen wird und andererseits danach gefragt wird, wie im Falle der Annahme (potentiell) völkerrechtswidriger Initiativen zu verfahren ist) befasst, vgl. z.B. *Yvo Hangartner*, Unklarheiten bei Volksinitiativen, AJP 2011, 471 ff.; *Roger Nobs*, Volksinitiative und Völkerrecht, 2006; *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 ff.; *Jörg Künzli*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.; *Robert Kolb*, Völkerrecht und Völkerpolitik – Gedanken zur Minarettinitiative, SZIER 2010, 467 ff.; *Johannes Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt – Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 2008, 979 ff.; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif

Öffentlichkeit, insbesondere in den Printmedien, diskutiert.³ Im Mittelpunkt steht dabei die Frage nach dem Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht, aber auch – und, damit im Zusammenhang stehend, diejenige nach den Bindungswirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Nicht zu verkennen ist aber, dass auch in anderen Bereichen mitunter ein gewisses Konfliktpotential besteht, so insbesondere im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Mitunter entsteht bei der Berichterstattung teilweise der Eindruck, die Frage, ob für die Beantwortung einer bestimmten Frage Völkerrecht oder Landesrecht vorrangig anwendbar ist, sei letztlich eine politische und keine oder zumindest weniger eine rechtliche Problematik.⁴ In diese Richtung gehende Stellungnahmen verkennen m.E., dass die Hierarchie der Rechtsnormen bzw. die Frage des Anwendungsvorrangs im Konfliktfall selbstverständlich eine Rechtsfrage ist und daher – auf der Grundlage des geltenden Rechts – in Anwendung rechtlicher Kriterien zu entscheiden ist. Zwar mag man sich über deren Tragweite mitunter trefflich streiten, was aber nichts daran ändert, dass es eben um eine Rechtsfrage geht und die Situation aus rechtlicher Sicht mitunter klarer sein kann als die politischen Diskussionen und gewisse Zeitungsartikel auf den ersten Blick vermuten lassen könnten.

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden aus rechtlicher Sicht die tragenden Grundsätze des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht systematisiert und nach ihren Implikationen gefragt werden. Dabei soll jeweils auch – soweit sich dies aufdrängt – auf

für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; s. auch verschiedene Beiträge zur sog. „Minarettinitiative“ im Jusletter vom 1.3.2010; *Sévrine Knuchel*, Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l’initiative populaire fédérale „Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)“, Jusletter v. 12.11.2013, insbesondere Rn. 8 f., Rn. 31 ff.; *Giusep Nay*, Das Volk hat nicht immer Recht. Zur Erweiterung der Ungültigkeitsgründe für eidgenössische Volksinitiativen, FS Andreas Auer, 2013, 163 (171 ff.); *Daniel Thürer*, Völkerrechtliches Jus Cogens und Volkssouveränität schweizerischer Prägung – Suche nach einem neuen „archimedischen Punkt“, FS Andreas Auer, 2013, 439 ff. Auch der Bundesrat äusserte sich in einem umfangreichen Bericht sowie einem Zusatzbericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, vgl. *Bundesrat*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff.; *Bundesrat*, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613 ff. S. auch Bundesrat, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff. Neben einer Analyse der Situation *de lege lata* wurden im Rahmen dieser Diskussionen auch und gerade einige Vorschläge zur Neugestaltung der Schranken des Initiativrechts unterbreitet, wobei es derzeit jedoch kaum abzusehen ist, ob derartige Vorstösse – und wenn ja welche – in absehbarer Zeit Aussicht auf Verwirklichung haben, vgl. hierzu die diesbezügliche zusammenfassende Darstellung bei *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Rn. 1800a ff., sowie die Ausführungen in *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn.), BBl 2010 2263 (2319 ff.); *Bundesrat*, Zusatzbericht zum Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn.), BBl 2011 3613 (3632 ff.).

³ Vgl. z.B. NZZ v. 12.10.2013 (Beitrag von Katharina Fontana); NZZ v. 2.11.2013 (Interview mit Bundesrichter Andreas Zünd). Dabei handelt es sich durchaus nicht um eine eigentlich neue Fragestellung.

⁴ Vgl. etwa den letzten Satz des Beitrags von *Katharina Fontana*, NZZ v. 12.10.2013, 11: „Denn letztlich ist die Frage, wem das Bundesgericht in erster Linie verpflichtet ist – Parlament und Volk oder dem Europäischen Gerichtshof –, keine rechtliche, sondern eine politische.“ Mit „Europäischer Gerichtshof“ ist hier offenbar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, nicht der Gerichtshof der Europäischen Union gemeint.

mögliche Modifikationen der Rechtslage eingegangen werden. Ziel des Beitrags ist es dabei nicht, (nochmals) umfassend und unter vollumfänglicher Diskussion der bislang zu dieser Frage geäusserten Ansätze und der Rechtsprechung aufzuarbeiten;⁵ vielmehr geht es um ein systematisches Panorama des *status quo*, dies mit dem Ziel, die sich aus rechtlicher Sicht ergebenden Grundsätze, aber auch (noch) offenen Fragen herauszuarbeiten. Ausgangspunkt sind dabei der monistische Ansatz der Bundesverfassung (II.) sowie die Skizzierung der sicher der Verfassung zu entnehmenden Ansätze zur Lösung dieser Frage (III.), bevor auf das Verhältnis von Völkerrecht (wobei in diesem Beitrag eine Beschränkung auf völkerrechtliche Verträge erfolgt) zu Bundesgesetzen einerseits (IV.) und (späterem) Verfassungsrecht andererseits (V.) eingegangen wird. Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (VI.).

Nur am Rande sei dabei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass das Ausmass und teilweise auch die Vehemenz, mit der die Diskussion bzw. Auseinandersetzung um die Thematik des Verhältnisses Völkerrecht – Landesrecht derzeit geführt wird, wohl insofern in einem umgekehrten Verhältnis zu der tatsächlichen Bedeutung dieser Problematik steht, als Konflikte zwischen schweizerischem (Verfassungs- oder Gesetzes-) Recht und Völkerrecht (insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention) doch eher Seltenheitswert haben und zudem – wie etwa die Frage des Baus von Minaretten illustriert – zumindest in vielen Fällen Fragen betreffen, die für Recht und Politik in diesem Land nicht wirklich von überragender Bedeutung sind. Mitunter stellt sich hier der Eindruck ein, dass (potentiell) bestehende Konflikte auch etwas „hochgekocht“ werden, und es in den Auseinandersetzungen dann zumindest auch um andere Fragen bzw. Ziele geht als diejenige nach der Ausgestaltung des Verhältnisses Völkerrecht – Landesrecht. Dessen ungeachtet stellt diese Thematik aber natürlich auch aus rechtlicher Sicht eine der Grundfragen des (schweizerischen) Verfassungsrechts dar.

II. Ausgangspunkt: die monistische Ausrichtung der Verfassung

Es dürfe heute unbestritten sein, dass die schweizerische Verfassungsordnung der sog. monistischen Konzeption – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt.⁶ Dies erschliesst sich auch aus verschiedenen Bestimmungen der

⁵ Vgl. insoweit die Nachweise in Fn. .

⁶ Aus der Literatur etwa *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005, 76 f.; *Daniel Thürer/Binh Truong/Felix Schwendimann*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 184, Rn. 16; *Yvo Hangartner*, in: ebd., Art. 5, Rn. 45; *Johannes Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt. Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, *ZaöRV* 2008, 979 (992 f.); *Herzig*, Jusletter v. 8.4.2013 (Fn.), Rn. 19; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der

Bundesverfassung – insbesondere Art. 189, 190 BV.⁷ In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung erlangen,⁸ was im Übrigen auch eine Voraussetzung dafür ist, dass völkervertragsrechtliche Normen unmittelbar anwendbar sein können.⁹

Zwar wurde ein Wechsel von einem monistischen zu einem dualistischen System verschiedentlich angedacht;¹⁰ bislang war derartigen Vorstössen jedoch kein Erfolg beschieden. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass ein derartiger Wechsel zahlreiche, auf den ersten Blick kaum zu überblickende Anpassungen in der Verfassung und der Gesetzgebung implizierte und wohl ins Gewicht fallende Auswirkungen in verschiedener Hinsicht entfaltete.¹¹

Allerdings lässt sich dem Umstand, dass die schweizerische Verfassungsordnung von einem monistischen Ansatz ausgeht, noch nichts über die Frage entnehmen, welchen Rang das Völkerrecht in der Normenhierarchie einnimmt. Zwar beansprucht das Völkerrecht als solches insofern „absolute“ Geltung, als kein Staat sich unter Berufung auf sein innerstaatliches Recht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann. Jedoch sind dem Völkerrecht keine Aussagen über das Hierarchieverhältnis von Völker- und Landesrecht zu entnehmen (dies im Gegensatz insbesondere zum europäischen Gemeinschaftsrecht); vielmehr bestimmt sich dieses nach nationalem (Verfassungs-) Recht, wobei allein die monistische Konzeption hier schon deshalb Aussage über diese Frage erlaubt, weil es hier nur um die Frage der Inkorporation des Völkerrechts in das in dem jeweiligen Staat geltende Recht geht.¹²

III. Die grundlegenden Aussagen der Verfassung zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht und der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts

Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 (38 f.); *Robert Baumann*, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, 2002, Nr. 342; s. auch *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn.), BBl 2010 2263 (2302); *Bundesrat*, Botschaft zur Bundesverfassung v. 20.11.1996, BBl 1997 I 134 f.

⁷ Weiter ergibt sich der Monismus auch aus dem Umstand, dass völkerrechtliche Verträge nicht in Bundesgesetze „umgewandelt“ werden müssen, sondern als solche anwendbar sind, und dass die Bundesversammlung Verträge nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch (einfachen) Bundesbeschluss, vgl. Art. 163 Abs. 2 BV, genehmigt.

⁸ Vgl. schon BGE 7 782; s. ansonsten etwa BGE 122 II 234 E. 4a; BGE 120 Ib 360 E. 2c; BGE 127 II 177; BGE 130 I 312 E.4.1; BG, 2C_828/2011, E. 4.3.

⁹ Zur unmittelbaren Anwendbarkeit und ihren Voraussetzungen etwa BGE 118 Ia 116 f. E. 2b; BGE 124 III 91 E. 3a; BG, 2C_828/2011, E. 4.3. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, 2005; *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

¹⁰ Vgl. die Nachweise in *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn.), BBl 2010 2263 (2320).

¹¹ Vgl. auch die Bewertung des Bundesrates in *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn.), BBl 2010 2263 (2321).

¹² Vgl. nur *Achermann*, in: Staatsvertrag (Fn.), 33 (39 f.); s. auch schon *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 (542 ff.).

1. Grundsätze

Der Bundesverfassung enthält zwar keine eigentliche allgemeingültige „Regel“ zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Jedoch befassen sich verschiedene Verfassungsbestimmungen mit der Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft bzw. die internationale Rechtsgemeinschaft, und insgesamt lässt eine Gesamtschau der diesbezüglichen Bestimmungen klar eine Offenheit in Bezug auf die internationale Einbindung der Schweiz entnehmen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass manche Verfassungsartikel in ihrer genauen rechtlichen Tragweite nicht ganz klar sind und so manche Probleme (noch) nicht abschliessend geklärt sind. Die „internationale Orientierung“ der Verfassung kommt in erster Linie¹³ in folgenden Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck:

- Schon die Präambel betont die „Offenheit gegenüber der Welt“.
- Der Zweckartikel nimmt Bezug auf den Einsatz der Schweiz für eine „friedliche und gerechte internationale Ordnung“ (Art. 2 Abs. 4 BV). In Art. 54 Abs. 2 BV wird dieser Aspekt ausgeführt und präzisiert, indem dem Bund aufgetragen wird „zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“ beizutragen.
- Nach Art. 5 Abs. 4 „beachten“ Bund und Kantone das „Völkerrecht“.
- Art. 139 Abs. 2, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV ist zu entnehmen, dass Revisionen der Verfassung „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ nicht verletzen dürfen; Initiativen auf Teilrevision der Verfassung sind im Falle der Nichtbeachtung dieser Vorgabe für ganz oder teilweise nichtig zu erklären.
- Art. 140 Abs. 1 BV sieht das obligatorische Referendum von Volk und Ständen u.a. für den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Organisationen vor, während Art. 141 Abs. 1 lit. d BV gewisse völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellen.
- Nach Art. 190 BV ist (neben den Bundesgesetzen) das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Die normative Dichte und damit die rechtliche Tragweite der genannten Bestimmungen variieren teilweise beträchtlich: Präambel und der Zweckartikel sowie Art. 54 Abs. 2 BV sind wohl eher im Sinne von Staatszielbestimmungen zu verstehen, die noch einer (rechtlichen) Konkretisierung bedürfen, so dass sie das staatliche Handeln zwar leiten und bei der Auslegung anderer Verfassungsbestimmungen heranzuziehen sind, ihnen jedoch keine

¹³ Ausgespart werden in der folgenden Auflistung insbesondere die Bestimmungen zur Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen und zwischen Bund und Kantonen in der Aussenpolitik.

normativ präzisierbaren (im Sinne von Tatbestand und genauer Rechtsfolge) „Handlungsaufträge“ zu entnehmen sind. Diese normative Unbestimmtheit ändert aber nichts an der rechtlichen Verbindlichkeit der genannten Bestimmungen.¹⁴ Die sonstigen erwähnten Verfassungsartikel enthalten jedoch als solche normativ präzise umschriebene Vorgaben, die den Adressaten der jeweiligen Bestimmungen entsprechende Verpflichtungen aufgeben, wenn auch zuzugeben ist, dass die „Beachtungspflicht“ des Art. 5 Abs. 4 BV nicht ganz klar formuliert ist und sie wohl insbesondere keine eigentliche Kollisionsregel darstellt,¹⁵ so dass aus Art. 5 Abs. 4 BV nicht abgeleitet werden kann, dass Völkerrecht Landesrecht „bricht“, wie sich auch aus dem Zusammenhang mit Art. 49 BV, der eine derartige Kollisionsregel ausdrücklich in Bezug auf das Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht aufstellt, ergibt. Damit geht die Verfassung in Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht davon aus, dass die „Beachtungspflicht“ des Art. 5 Abs. 4 BV und der Grundsatz des Vorrangs des Vorrangs des Völkerrechts noch nicht zwingend implizieren, dass Völkerrecht notwendigerweise Landesrecht „bricht“ bzw. ersterem auch im Einzelfall ein (Anwendungs-) Vorrang einzuräumen wäre.

Die zitierten Verfassungsbestimmungen lassen jedoch insgesamt eine bemerkenswerte Offenheit der Verfassungsordnung in Bezug auf die Einbindung in die internationale Gemeinschaft erkennen. Hervorzuheben ist dabei in unserem Zusammenhang, dass sich aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen (Art. 5 Abs. 4, Art. 89, Art. 190 BV) ergibt, dass das Völkerrecht – wobei man wohl hinzufügen muss, das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht – in der Schweiz anzuwenden und zu beachten ist. Setzt man diese Ansätze in Beziehung zu dem der schweizerischen Verfassungsordnung zugrundeliegenden Rechtsstaatsprinzip – dem auch zu entnehmen ist, dass Rechtsnormen nach demjenigen Verfahren zu modifizieren sind, nach dem sie erlassen bzw. (bei völkerrechtlichen Verträgen) abgeschlossen wurden – so sprechen doch gute Gründe für einen grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts:¹⁶ Nach dem Rechtsstaatsprinzip ist die Ausübung staatlicher Macht nämlich an das Recht gebunden: Sowohl die Staatsorgane als auch die Bürger sind den geltenden Rechtsnormen unterworfen, so dass insbesondere auch die Staatsorgane das von ihnen gesetzte Recht zu beachten haben. Dies bedeutet auch, dass einmal gesetztes Recht grundsätzlich nur dann nicht mehr verbindlich ist, wenn es aufgehoben worden ist, wobei die Aufhebung einer Norm durch dasselbe Organ und nach demselben Verfahren wie ihr Erlass erfolgen muss, könnte doch ansonsten die Bindung an das von dem zuständigen Organ

¹⁴ Allenfalls mit Ausnahme der Präambel, wobei eine solche Trennung zwischen Präambel und den „echten“ Verfassungsbestimmungen aber zu Recht als „künstlich“ bezeichnet wurde, vgl. *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht (Fn.), 70, bei Fn. 7.

¹⁵ Vgl. *Bundesrat*, Botschaft zur Bundesverfassung, BBl 1997 I 134 f. Ebenso die wohl herrschende Lehre, vgl. *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., 2011, § 9, Rn. 15, m.w.N.; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht (Fn.), Rn. 1919; *Herzig*, Jusletter v. 8.4.2013 (Fn.), Rn. 25; so auch BGE 136 II 241 E. 16.1.

¹⁶ Vgl. ausführlich hierzu bereits *Epiney*, ZBl 1994, 537 (553 ff.). Ebenfalls ausdrücklich auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgreifend *Tschannen*, Staatsrecht (Fn.), § 9, Rn. 12 ff.

gesetzte Recht unterlaufen werden. Diese Grundsätze müssen auch für das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht gelten. Dass dies so sein muss, wird auch vor dem Hintergrund deutlich, dass sich Rechte Einzelner auch aus völkerrechtlichen Vorschriften ergeben können. Werden aber Individuen durch bestimmte völkerrechtliche Regeln – die nach den hierfür vorgesehenen Verfahren für die Schweiz verbindlich geworden sind – Rechte eingeräumt, so müssen sie darauf vertrauen können, dass ihre so geschaffene Rechtsstellung nur unter Beachtung der durch das Rechtsstaatsprinzip formulierten Grundsätze modifiziert werden kann. Auch vor dem Hintergrund der besonderen Charakteristika des Völkerrechts (ausgeprägte Gegenseitigkeit sowie die auch in Art. 27 VRK formulierte grundsätzliche Unbeachtlichkeit innerstaatlichen Rechts für die völkerrechtliche Bindungswirkung) folgt damit aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass völkerrechtliche Regelungen nur unter Beachtung des für solche Regelungen einschlägigen innerstaatlichen und völkerrechtlichen Verfahrens wieder aufgehoben werden können. Denn nur auf diese Weise kann für das Völkerrecht sichergestellt werden, dass die Staatsorgane tatsächlich an das von ihnen gesetzte Recht gebunden sind und das bei ihrem Erlass angewandte Verfahren beachten. Dies wiederum impliziert einen Vorrang des Völkerrechts, an den alle Staatsorgane gebunden sind. Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überraschen, dass auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁷ – mit weitgehender Zustimmung in der Rechtslehre¹⁸ – vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor nationalem Recht ausgeht.

Der Vorrang des Völkerrechts wird auch durch Art. 5 Abs. 4 BV (wonach Völkerrecht zu „beachten“ ist) grundsätzlich anerkannt, auch wenn diese Vorschrift – wie erwähnt – keine eigentliche Kollisionsregel darstellt,¹⁹ so dass aus Art. 5 Abs. 4 BV nur (aber immerhin)

¹⁷ Vgl. noch die Nachweise unten IV.

¹⁸ Den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts betonend auch etwa *Tschannen*, Staatsrecht (Fn.), § 9, Rn. 12 ff.; *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3. Aufl., 2013, Rn. 1345, 1347; *Knuchel*, Jusletter v. 12.11.2013 (Fn.), Rn. 6; *Benedikt Hoffmann*, Neue Entwicklungen im Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJZ 1998, 460 f.; *Olivier Jacot-Guillarmod*, La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse, ZSR 1985 I 416 f.; grundsätzlich wohl auch *Biaggini*, ZBl. 2013 (Fn.), 316 (331 f.); a.A. etwa *Herzig*, Jusletter v. 8.4.2013 (Fn.), Rn. 34 ff., 46 ff., der sowohl in Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht zu Verfassungsrecht als auch auf dasjenige zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen auf die „Wichtigkeit“ der Bestimmung abstellen will, jedoch die Erklärung dafür schuldig bleibt, auf welche verfassungsrechtlichen Bestimmungen er diesen Ansatz stützt und wie die grössere materielle Bedeutsamkeit (abgesehen vom Bereich der Grundrechte) eruiert werden soll. Im Übrigen ist anzumerken, dass es zwar in der Tat „stossend“ erscheint, einem wenig bedeutsamen Verwaltungsabkommen Vorrang vor in der Verfassung eingeräumten Grundrechten einzuräumen; hinzuweisen ist jedoch darauf, dass ein solcher Konfliktfall kaum denkbar ist (da er wohl in aller Regel durch eine entsprechende sinnvolle Auslegung vermieden werden könnte) und bislang – soweit ersichtlich – noch kein reales Beispiel angeführt wurde. Sollte aber in der Tat einmal eine solche Konstellation auftreten, so müsste ein solcher Vertrag gekündigt werden, und bis dahin wäre im Sinne einer *political question*-Doktrin wohl davon auszugehen, dass jedenfalls im Einzelfall das Grundrecht vorrangig anzuwenden wäre. Unentschieden zu dieser Frage letztlich wohl *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht (Fn.), Rn. 1922, die aber auch in irgendeiner Form auf die Bedeutung der jeweils in Frage stehenden Bestimmungen abstellen wollen. Gegen eine Art „Abstufung“ des Völkerrechts (abgesehen vom *ius cogens*) dezidiert *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel (Fn.), Rn. 137.

¹⁹ S. so Bundesrat, Botschaft BV, BBl 1997 I 135 f.; hierauf verweisend *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn.), BBl 2010 2263 (2305). S. aus dem Schrifttum, m.w.N. zur Entstehungsgeschichte und

sowie allgemein dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden kann, dass die Verfassung vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts ausgeht und Verfassungs- und Gesetzgeber somit verpflichtet, diesen zu beachten. Dieser Grundsatz ändert aber nichts daran, dass Verfassungs- und Gesetzgeber dieser Verpflichtung möglicherweise nicht nachkommen (wollen), was die Verfassung ermöglicht, wenn auch nicht „guteheisst“. Diese Möglichkeit der Nichtbeachtung des Völkerrechts kommt insbesondere in Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4, 194 Abs. 2 BV zum Ausdruck, wonach das zwingende Völkerrecht eine Schranke der Verfassungsrevision darstellt, was impliziert, dass nicht zwingende völkerrechtliche Normen eben keine solchen darstellen. Ebensowenig ist der Verfassung ein „Verbot“ des Gesetzgebers zu entnehmen, völkerrechtswidrige Bundesgesetze zu erlassen. Dass somit eine völkerrechtswidrige Verfassungs- und Gesetzgebung – trotz des Grundsatzes des Vorrangs des Völkerrechts – möglich ist, heisst aber noch nicht, dass diesem völkerrechtswidrigen Landesrecht notwendigerweise Vorrang einzuräumen wäre; diese Frage ist vielmehr auf der Grundlage der geltenden Verfassungsbestimmungen zu entscheiden, was nachfolgend (IV., V.) noch im Einzelnen in Bezug auf das Verhältnis völkerrechtlicher Verträge zu Bundesgesetzen einerseits und zur Verfassung andererseits erfolgen soll.²⁰

2. „Völkerrecht“

Soweit der Bezugspunkt dieses Grundsatzes des Vorrangs betroffen ist – also m.a.W. die Frage, was unter „Völkerrecht“ zu verstehen ist –, geht es (neben dem hier ausgesparten Völkergewohnheitsrecht) in erster Linie um für die Schweiz nach den einschlägigen völkerrechtlichen Regeln²¹ verbindliche völkerrechtliche Verträgen. Dabei ist bei der Auslegung solcher Verträge bzw. der jeweils relevanten vertraglichen Bestimmungen von den völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen auszugehen,²² gilt der völkerrechtliche Vertrag in der Schweiz doch als solcher (d.h. als Völkerrecht und nicht etwa als Landesrecht).²³ Dabei geht das Völkerrecht grundsätzlich davon aus, dass die Anwendung und Auslegung dezentral durch die Völkerrechtssubjekte erfolgt, fehlt es doch an einer allgemeinen obligatorischen Gerichtsbarkeit. Dieses System impliziert, dass es zwischen den Vertragsparteien eines

Literatur, etwa *Reich*, ZaöRV 2008 (Fn.), 979 (1994); *Helen Keller*, Rezeption des Völkerrechts, 2003, 341 ff.; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel (Fn.), Rn. 1346.

²⁰ Nicht eingegangen werden soll auf das Verhältnis von Völkerrecht zu Verordnungen des Bundesrates und zu kantonalem Recht, dürfte hier doch der Vorrang unbestritten sein, vgl. nur *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Rn. 1927 f.; *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli*, Völkerrecht, 3. Aufl., 2010, 116; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel (Fn.), Rn. 1348.

²¹ Vgl. zum Verfahren des Vertragsschlusses und den Voraussetzungen für die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Abkommen *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht (Fn.), 16 ff., m.w.N.

²² Zu diesen, m.w.N., *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht (Fn.), 32 ff.

²³ Vgl. schon *Epiney*, ZBl 1994 (Fn.), 537 (541 f.).

völkerrechtlichen Vertrages zu Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Auslegung bestimmter vertraglicher Vorgaben kommen kann und – daran anschliessend – dieselbe vertragliche Bestimmung in verschiedenen Vertragsstaaten unterschiedlich ausgelegt wird.²⁴

Mitunter jedoch enthalten spezifische völkerrechtliche Verträge aber auch Bestimmungen über die Streitbeilegung und / oder setzen eine (obligatorische) Gerichtsbarkeit ein, der bestimmte Aufgaben zugewiesen werden. Dies ist namentlich bei der EMRK der Fall, die mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bzw. den entsprechenden Verfahren einen gerichtlichen Kontrollmechanismus vorsieht, wobei die Vertragsparteien sich ausdrücklich verpflichtet haben, die Urteile des EGMR zu beachten und zu befolgen; hinzu kommt ein spezifisches Überwachungsverfahren durch das Ministerkomitee (Art. 46 EMRK). Konsequenterweise und letztlich in Umsetzung dieser Vorgaben sieht das nationale (schweizerische) Recht vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen im Anschluss an die Feststellung einer Verletzung der EMRK durch den EGMR eine Revision eines rechtskräftigen Urteils verlangt werden kann (vgl. insbesondere Art. 122 BGG). In einer solchen Konstellation haben derartige gerichtliche Kontrollmechanismen in dem in dem jeweiligen Vertrag vorgesehenen Umfang ebenfalls Anteil am Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts bzw. dieser kommt auch für die Urteile solcher internationaler Gerichte insoweit zum Zuge, wie deren Verbindlichkeit für die Vertragsparteien in dem einschlägigen völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen ist, bezieht sich der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts doch nicht nur auf die materiellen Bestimmungen, sondern auch auf prozedurale Vorgaben. Insofern und insoweit kann damit die ansonsten zum Zuge kommende dezentrale Auslegung und Durchsetzung der betroffenen völkerrechtlichen Regeln grundsätzlich keine Anwendung finden. Bezogen auf die Bindungswirkung der Urteile des EGMR für die Schweiz bedeutet dies, dass die EMRK für die Schweiz in derjenigen Auslegung, die ihr durch den EGMR beigemessen wird, verbindlich ist,²⁵ so dass sowohl die materiellen Standards der EMRK als auch die Durchsetzungsmechanismen der Konvention für die Schweiz verbindlich sind.²⁶

Wenn daher in diesem Zusammenhang geltend gemacht wird, den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts auch auf Urteile des EGMR zu erstrecken, sei deshalb fragwürdig, weil sich die Rechtsprechung in eine unvorhergesehene Richtung entwickelt habe, so dass gerade diese

²⁴ Die Auslegung des Freihandelsabkommens Schweiz – EU von 1972 oder auch des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU liefern hier illustrative Beispiele. Vgl. hierzu instruktiv

²⁵ Dabei kann es mitunter fraglich sein, wie weit genau die Verbindlichkeit der Urteile des EGMR reicht, fällt der Gerichtshof doch Urteile in Bezug auf konkrete Einzelfälle, und die Urteile entfalten grundsätzlich nur eine Bindungswirkung *inter partes*, vgl. zu diesem Aspekt *Biaggini*, ZBl. 2013, 316 (332 ff.). Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass sich auch aus (nur) *inter partes* wirkenden Urteilen Folgerungen für andere, gleich gelagerte Konstellationen ziehen lassen (wie weitgehend, ist dann letztlich eine Auslegungsfrage) und dass jedenfalls die für die Schweiz verbindlichen Urteile des EGMR Teil des massgebenden Völkerrechts im Sinne des Art. 190 BV sind und im Übrigen, wie im Text erwähnt, auch vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts erfasst sind. In diese Richtung wohl auch BG, 2C_828/2011, Urt. v. 12.10.2012, E. 5.3.

²⁶ Ausdrücklich so auch BG 2C_828/2011 E. 5.2.3, 5.3.

Rechtsprechungsentwicklung nicht von dem ursprünglichen innerstaatlichen Zustimmungsakt erfasst sei und der demokratisch legitimierte Verfassungs- und Gesetzgeber bei völkerrechtlichen Abkommen nicht (im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht) mit einer Modifikation der betreffenden Bestimmungen auf „unliebsame“ Rechtsprechungsentwicklungen reagieren könne,²⁷ so wird die Eigenart des in der EMRK angelegte Kontrollmechanismus – wobei nur am Rande erwähnt sei, dass die letzte diesbezügliche Modifikation (Protokoll Nr. 14) nicht nur von der Bundesversammlung genehmigt wurde, sondern auch dem fakultativen Referendum unterstand²⁸ – verkannt: Denn jede Einrichtung eines (unabhängigen gerichtlichen) Kontrollmechanismus impliziert das „Risiko“, dass das betreffende Gremium Entscheide trifft bzw. Urteile fällt, die man vielleicht so nicht erwartet hätte, wobei über solche Erwartungen und die „Richtigkeit“ von Urteilen ja auch trefflich gestritten werden kann und auch wird. Hintergrund und Zielsetzung einer obligatorischen gerichtlichen Streitbeilegung bzw. eines gerichtlichen Kontrollmechanismus bestehen aber gerade darin, ein gerichtliches Verfahren vorzusehen, in dessen Rahmen eine verbindliche Streitentscheidung erfolgt sowie, für den Fall der EMRK, dass in Europa bzw. den Vertragsstaaten der EMRK ein für alle geltender und verbindlicher Mindeststandard an Menschenrechtsschutz gewährleistet wird (womit gerade dem Grundsatz der dezentralen Auslegung und Rechtsdurchsetzung eine Absage erteilt wird). Insofern ist es nicht nachvollziehbar, aus der „Unvorhersehbarkeit“ oder der „Unvertretbarkeit“ dieses oder jenes Urteils des EGMR zu folgern, die nach den einschlägigen Verfahren erfolgte Zustimmung zur EMRK könne oder solle sich nicht auf derartige Entwicklungen beziehen, zumal offen bleibt, wer darüber zu entscheiden hat, welche Entwicklungen nicht mehr von der ursprünglichen Zustimmung gedeckt sein sollen. Letztlich implizierte diese Sicht, dass die Schweiz an keinem Abkommen teilnehmen könnte bzw. sollte, das einen derartigen obligatorischen Kontrollmechanismus vorsieht, eine Ansicht, die man aus politischer Sicht vertreten kann (wobei ein solcher Ansatz in Bezug auf die EMRK allerdings dazu führte, dass man einen europaweit geltenden Mindeststandard an Grundrechtsschutz in Frage stellte, ein Ansinnen, das das Gleichgewicht von Rechtsstaat und Demokratie und insbesondere zentrale Errungenschaften des ersteren ernsthaft in Frage stellte). Der geltenden Rechtslage aber entspricht es jedenfalls nicht, davon auszugehen, dass „überraschende“ Urteile des EGMR „unverbindlich“ seien.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, dass alle Urteile des EGMR „richtig“ wären oder man nicht in Bezug auf das eine oder andere Urteil (berechtigte) Kritik üben kann; noch weniger gibt es eine Art „Recht auf Falschurteile“ des EGMR. Es geht hier einzig und allein um die Frage, wer letztverbindlich über die Auslegung entscheidet; dass auch bei diesen

²⁷ Vgl. *Hansjörg Seiler*, Internationales Richterrecht soll keinen Vorrang mehr haben, NZZ am Sonntag v. 15.9.2013, 21; ausführlicher und in dieselbe Richtung *Hansjörg Seiler*, Menschenrechte – Das trojanische Pferd des demokratischen Rechtsstaats, FS Marco Borghi, 2011, 511 ff.

²⁸ AS 2009 3065.

letzverbindlichen Entscheidungen – wie überall – Fehler passieren können, ändert nichts daran, dass es sinnvoll ist, derartige Mechanismen vorzusehen, zumal öffentliche und wissenschaftliche Diskussionen auch zu einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung beitragen können und – dies sei nicht vergessen – es auch die Vertragsparteien selbstverständlich in der Hand haben, die Rechtsprechung durch eine Anpassung der EMRK selbst zu „korrigieren“ (auch wenn solche Korrekturen auf völkerrechtlicher Ebene komplizierter und langwieriger sind als auch nationaler Ebene). Im Übrigen dürfte der Nachweis, dass der EGMR systematisch „falsche“ oder unvertretbare Urteile fälle, kaum zu führen sein,²⁹ während gleichzeitig die Bedeutung einer obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit im Bereich des Menschenrechtsschutzes in Europa für die Gewährleistung eines diesbezüglichen Mindeststandards kaum zu überschätzen werden kann, so dass es geradezu fahrlässig erscheint, diesen unter Bezugnahme auf einzelne, möglicherweise nicht ganz überzeugende Urteile des EGMR in Frage zu stellen.

IV. Völkerrecht und Bundesgesetze

Soweit das Verhältnis von Völkerrecht zu Bundesgesetzen betroffen ist, ist der Verfassung – über den erörterten Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts – keine weitergehende Aussage zu entnehmen; insbesondere enthält sie keine Kollisionsnorm. Art. 190 BV – wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und allgemein rechtsanwendende Behörden massgeblich ist – kann nach allgemeiner Ansicht keine Aussage über das Rangverhältnis oder über Normenkollisionen in Bezug auf Völkerrecht und Bundesgesetze entnommen werden, soll diese Bestimmung doch nur das Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen einerseits zur Verfassung andererseits regeln.³⁰

Die Frage nach dem Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht kann allerdings als durch die Rechtsprechung – die in der Lehre, trotz der Kritik an gewissen Einzelaspekten der Rechtsprechung, im Wesentlichen Zustimmung erfahren hat³¹ – weitgehend geklärt betrachtet werden. Im Einzelnen kommen – wohl massgeblich vor dem Hintergrund des in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes des Vorrangs des Völkerrechts –

²⁹ S. insoweit auch etwa *Yvo Hangartner*, Richterliche Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, FS Marco Borghi, 2011, 173 ff., der im Einzelnen darlegt, wie der EGMR letztlich in aller Regel eine gewisse richterliche Zurückhaltung übt, wenn es um gewisse „nationale Eigenheiten“ geht.

³⁰ *Tschannen*, Staatsrecht (Fn.), § 9, Rn. 27; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht (Fn.), Rn. 1918; *Reich*, ZaöRV 2008 (Fn.), 979 (995), m.w.N. Aus der Rechtsprechung z.B. BGE 117 Ib 367 E. 2e; BGE 124 II 480 E. 3a; BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 136 II 241 E. 16.1.

³¹ Vgl. z.B. *Tschannen*, Staatsrecht (Fn.), § 9, Rn. 27 ff.; *Jörg Paul Müller*, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, Jusletter v. 1.3.2010, insbes. Rn. 19 f.; *Thomas Cottier/Maya Hertig*, Das Völkerrecht in der neuen BV: Stellung und Auswirkungen, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, 2000, 1 (11 ff.); *Michel Hottelier/Mock/Puéchavy*, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., 2011, 12 ff.; *Hangartner*, AJP 2013 (Fn.), 698 (insbes. 700 ff.).

folgende Grundsätze zum Zug (immer soweit ein Konflikt nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung vermieden werden kann):³²

- Dem Völkerrecht kommt im Verhältnis zu Bundesgesetzen grundsätzlich Vorrang zu, der sich auch auf spätere Bundesgesetze bezieht, so dass die lex posterior-Regel nicht zur Anwendung kommt.³³
- Hiervon ist jedoch dann ausnahmsweise abzuweichen, wenn der Bundesgesetzgeber „bewusst“ gegen das Völkerrecht verstossen wollte; diesfalls sind das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden an das völkerrechtswidrige Bundesgesetz gebunden (sog. Schubert-Rechtsprechung).³⁴
- Im Verhältnis von Bundesgesetzen und staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechtsverträgen gilt aber eine „Gegenausnahme“, so dass letztere in jedem Fall vorrangig (auch im Verhältnis zu „bewusst“ gegen ihre Vorgaben verstossenden Bundesgesetzen) anzuwenden sind.³⁵

Hinzuzufügen bleibt, dass Konflikte zwischen Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen insgesamt eher Seltenheitswert haben, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die Problematik – auch im Zuge der Umsetzung gewisser angenommener Volksinitiativen – durchaus im Einzelfall praxisrelevant ist bzw. werden kann, so z.B. bei der Umsetzung der sog. Ausschaffungsinitiative:³⁶ Sollte hier eine Art „Ausweisungsautomatismus“ vorgesehen werden und sich eine völkerrechtskonforme Auslegung als nicht möglich erweisen, so wäre – selbst im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der „Schubert“-Rechtsprechung – von einer Ausweisung gleichwohl und ggf. entgegen dem Wortlaut des Gesetzes abzugehen, wenn diese in Konflikt mit den Vorgaben der Menschenrechtskonventionen (z.B. Art. 8 EMRK) geriete. Eine andere Frage in diesem Zusammenhang ist bzw. wäre diejenige danach, wenn eine Ausweisung auf der Grundlage der entsprechenden Umsetzungsgesetzgebung zwar nicht

³² Letzteres ist im Übrigen schon aufgrund der Flexibilität vieler völkerrechtlicher Vorgaben die Regel, hierzu nur, m.w.N., *Keller/Lanter/Fischer*, ZBl. 2008 (Fn.), 121 (139 ff.).

³³ Vgl. aus der Rechtsprechung, wenn auch mitunter mit unterschiedlicher Akzentsetzung, BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 128 IV 201 E. 1.3; BGE 122 II 485 E.3a; BGE 122 III 414 E. 3a; BGE 125 III 209 E. 6e; BGE 136 II 241 E. 16.1; BGE 119 V 171 E. 4.

³⁴ Grundlegend BGE 99 Ib 39 E. 4; bestätigt in BGE 112 II 1 E. 8; BGE 118 Ib 277 E. 3b. Vgl. die Kritik an dieser Rechtsprechung z.B. bei *Walter Kälin*, Der Geltungsgrund des Grundsatzes „Völkerrecht bricht Landesrecht“, ZBJV 1999, 45 (63); *Epiney*, ZBl. 1994 (Fn.), XX. Teilweise wird angenommen, das Bundesgericht habe im Urteil BG, 2C_828/2011, Urt. v. 12.12.2012, die Schubert-Praxis aufgegeben, da es formuliert habe, eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibe regelmässig unanwendbar (E. 5.1, am Ende), vgl. so *Hangartner*, AJP 2013 (Fn.), 698 (701 f.); ähnlich wohl auch *Knuchel*, Jusletter v. 12.11.2013, Rn. 11, die davon spricht, dass sich das Bundesgericht von der Schubert-Rechtsprechung distanziert habe. Zwingend ist dies jedoch nicht, da „regelmässig“ Raum für Ausnahmen lässt.

³⁵ BGE 125 II 417 E. 4d (sog. PKK-Entscheid; das Bundesgericht betonte hier, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. VRK kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe); unklar jedoch BGE 136 III 168 E. 3.3.4. Den PKK-Entscheid ausdrücklich bestätigend BGE 131 II 352 E. 1.3.1; BGE 136 II 241 E. 16.1; BG, 2C_828/2011, Urt. v. 12.12.2012 E. 5.1; s. auch BGE 135 II 243 E. 3.1; BGE 128 III 113 E. 3a; BGE 128 IV 201 E.1.2; BG, 2C_459/2011, Urt. v. 26.4.2012.

³⁶ Hierzu bereits *Epiney*, Jusletter, v. 18.3.2013 (Fn.), Rn. 16 f., 27 f.

gegen einen Menschenrechtsvertrag, jedoch gegen das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU³⁷ verstösst. Hier wäre auf den ersten Blick die „Schubert“-Rechtsprechung heranzuziehen; Da das Freizügigkeitsabkommen aber grundrechtsähnliche Rechte Einzelner verankert (denn die Freizügigkeitsrechte knüpfen an die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten bzw. die Freizügigkeit von Unionsbürgern an, denen der EuGH grundrechtlichen Charakter zugesteht), könnte in Erwägung gezogen werden, auch im Falle eines Konflikts zwischen solchen Rechten und einem späteren Bundesgesetz ersteren Vorrang einzuräumen.³⁸

V. Völkerrecht und (späteres) Verfassungsrecht

Soweit es um Konflikte zwischen Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht geht, ist Art. 190 BV massgeblich: Danach ist das Völkerrecht (neben den Bundesgesetzen) „massgebend“, so dass im Falle eines Konflikts dieses anzuwenden ist und die entsprechende Verfassungsbestimmung unanwendbar ist.³⁹ Zwar wird dieser vom Bundesgericht vertretene Ansatz in der Lehre und vom Bundesrat teilweise kritisiert;⁴⁰ zu überzeugen vermag diese Kritik jedoch nicht: Denn Art. 190 BV regelt grundsätzlich die Frage, wie im Falle eines Konflikts zwischen Völkerrecht und Verfassung umzugehen ist, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass jede punktuelle Verfassungsrevision – die eine bestimmte Sachfrage betrifft – auch die Tragweite dieser Bestimmung modifiziert, unterscheidet sich doch der Regelungsgegenstand dieser Vorschrift von demjenigen konkreter verfassungsrechtlicher Normen.⁴¹ In der Sache kommt damit völkerrechtlichen Verträgen ein umfassender (Anwendungs-) Vorrang vor diesen ggf. widersprechenden

³⁷ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

³⁸ Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2007 dem Freizügigkeitsabkommen Vorrang vor einer jüngeren Gesetzesbestimmung im Bereich der Arbeitslosenversicherung einräumte, da es um das grundrechtliche Diskriminierungsverbot gehe, wobei bemerkenswert ist, dass die in Frage stehende gesetzliche Bestimmung letztlich gerade im Hinblick auf die Einschränkung der Tragweite der entsprechenden Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens verabschiedet wurde, vgl. BGE 133 V 367. Vgl. zur Problematik ansonsten schon *Astrid Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht, XX.

³⁹ BGE 133 II 450 E. 6; BGE 133 II 460; BGE 133 V 233 E. 3.5; BG, 2C_828/2011, E. 5.2, 5.3.

⁴⁰ Vgl. *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 (260 ff.), der für einen Vorrang einer neueren, unmittelbar anwendbaren Verfassungsbestimmung in Bezug auf einen älteren Staatsvertrag eintritt; ebenso *Bundesrat*, Zusatzbericht zum Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2011 3613 (3658).

⁴¹ I. Erg. ebenso etwa *Jörg Künzli*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 (70 ff.); *Tschannen*, Staatsrecht (Fn.), § 9, Rn. 22; *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht (Fn.), 125 f.; *Andreas Auer/Bénédicte Tornay*, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative „Pour des naturalisations démocratiques“, AJP 2007, 740 (745 f.); *Anne Benoît*, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit suisse?, ZSR 2009 I, 453 (468 f.); *Kiener/Krüsi*, ZBl. 2009 (Fn.), 237 (250).

Verfassungsbestimmungen zu, was auch in Bezug auf spätere Verfassungsbestimmungen gilt. Die „Schubert“-Praxis kommt damit in Bezug auf Verfassungsrecht nicht zum Zuge.⁴²

Auf dieser Grundlage ist es also möglich, etwa durch eine Volksinitiative eine völkerrechtswidrige Verfassungsbestimmung einzuführen (sofern nicht das zwingende Völkerrecht⁴³ betroffen ist), wobei diese jedoch – zumindest soweit noch keine Umsetzungsgesetzgebung existiert – nicht angewandt werden kann. Dies ist aus demokratiepolitischer Sicht nicht befriedigend, wobei die bisherigen Versuche und Vorschläge, hier Abhilfe zu schaffen,⁴⁴ bislang noch nicht zu Modifikationen der Rechtslage geführt haben.

VI. Schluss

Die bisherigen Überlegungen konnten illustrieren, dass die Rechtslage in Bezug auf das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht aus rechtlicher Sicht zumindest mittlerweile verhältnismässig klar ist; die Rechtsprechung des Bundesgerichts wendet die diesbezüglichen Prinzipien letztlich überzeugend an. Angesichts dieser Situation erscheint es in der Tat bestenfalls irreführend, dem Bundesgericht bzw. einzelnen Richtern zu bescheinigen, sie folgten „blindlings“ der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Denn es geht hier nicht um „folgen“ oder „nicht folgen“ (ob „blindlings“ oder nicht), sondern um die Anwendung der massgeblichen verfassungsrechtlichen Grundsätze. Kompetenzüberschreitung? Nein: Jusletter

⁴² Allerdings wird häufig angenommen, dass im Fall einer Volksinitiative, die gegen völkerrechtliche Verträge verstossen, diese als Auftrag zur Kündigung des betreffenden Vertrages zu verstehen sei (zumindest soweit dies völkerrechtlich möglich ist), vgl. *Knuchel*, Jusletter v. 12.11.2013 (Fn.), Rn. 18, m.w.N. Zwingend erscheint dies freilich nicht: Denn eine solche Kündigung und ihre Konsequenzen werfen häufig komplexe Fragen auf, ganz abgesehen davon, dass z.B. ein Verstoß gegen eine einzelne vertragliche Bestimmung etwas anderes ist als die Kündigung des gesamten betroffenen Vertrages. Zum Problemkreis im Einzelnen *Künzli*, ZSR 2009 I (Fn.), 47 (67 ff.).

⁴³ Zur Problematik der Auslegung dieses Begriffs die Hinweise bei *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013, Rn. 29 mit Fn. 27; ausführlicher, m.w.N., *Knuchel*, Jusletter v. 12.11.2013 (Fn.), Rn. 27; *Nay*, FS Auer (Fn.), 163 (166 ff.); *Tschannen*, Staatsrecht (Fn.), § 44, Rn. 25; *Tristan Zimmermann*, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, AJP 2007, 748 ff.

⁴⁴ Vgl. zur Problematik und entsprechenden Vorschlägen z.B. *Yvo Hangartner*, Unklarheiten bei Volksinitiativen, AJP 2011, 471 ff.; *Roger Nobs*, Volksinitiative und Völkerrecht, 2006; *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 ff.; *Jörg Künzli*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.; *Robert Kolb*, Völkerrecht und Völkerpolitik – Gedanken zur Minarettinitiative, SZIER 2010, 467 ff.; *Johannes Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt – Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 2008, 979 ff.; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; s. auch verschiedene Beiträge zur sog. „Minarettinitiative“ im Jusletter vom 1.3.2010.

Nun können diese freilich auch geändert werden, wobei zwischen zwei grundsätzlich denkbaren „Kategorien“ von Modifikationen der Verfassung unterschieden werden kann:

- Einerseits ist es denkbar, dass eine neue Verfassungsbestimmung selbst ausdrücklich vorsieht, sie gehe Völkerrecht (abgesehen vom zwingenden Völkerrecht) vor, wie dies bei der sog. Durchsetzungsinitiative der Fall ist. Diese formuliert u.a.⁴⁵ ausdrücklich, dass die neuen Bestimmungen dem nicht zwingenden Völkerrecht (wozu auch Art. 8 EMRK gehört) vorgehen, und das zwingende Völkerrecht wird auch gleich definiert (hierzu sollen ausschliesslich das Folterverbot, das Verbot des Völkermords und der Sklaverei sowie das *Non-refoulement*-Gebot gehören).⁴⁶
- Andererseits könnte auch eine neue Verfassungsbestimmung eingeführt werden, die allgemein dem Landesrecht (bzw. bestimmten Teilen desselben, so Verfassungsrecht und / oder Bundesgesetzen) einen (Anwendungs-) Vorrang im Verhältnis zu entgegenstehendem Völkerrecht einräumt.

Es ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, sozusagen abstrakt die ggf. aus solchen neuen Verfassungsbestimmungen folgenden genauen Modifikationen der Rechtslage zu eruieren, kommt es hier doch auch auf die genauen Formulierungen im Einzelnen an. Allgemein kann aber festgehalten werden, dass die Verfassung juristisch als Einheit anzusehen ist, die jedoch nicht aus „einem Guss“ entstanden ist, sondern historisch gewachsen ist, so dass die einzelnen Bestimmungen nicht immer aufeinander abgestimmt sind; ein irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis der Verfassungsbestimmungen untereinander besteht jedoch grundsätzlich nicht.⁴⁷ Weiter gibt es aus rechtlicher Sicht grundsätzlich keine „klaren“ Vorschriften, sondern jede Rechtsanwendung ist immer ein Prozess der (mehr oder weniger schwierigen) Auslegung. Deutlich wird damit, dass die Auslegung der Verfassung im Allgemeinen und insbesondere auch von Volksinitiativen, die Eingang in die Verfassung gefunden haben, komplex ist und sich jede „einfache“ Lösung grundsätzlich verbietet, so dass es den skizzierten Grundsätzen insbesondere nicht Rechnung trüge, die Tragweite einer Verfassungsbestimmung – falls sie durch eine Volksinitiative zustande gekommen ist – ausschliesslich oder auch nur schwergewichtig in Anlehnung an den Willen der Initianten zu bestimmen.⁴⁸

⁴⁵ Daneben sieht sie – zur „Durchsetzung“ der Ausschaffungsinitiative – vor, dass eine neue Ziffer (Art. 197 Ziff. 9 BV) in die Verfassung eingefügt werden soll, die explizit als direkt anwendbar deklariert wird und wonach Ausländerinnen und Ausländer im Falle der Verurteilung wegen im Einzelnen unter Hinweis auf das StGB und das BetmG aufgeführter Straftaten unabhängig von der Höhe der Strafe auszuweisen sind. Vgl. zur Durchsetzungsinitiative auch etwa *Hangartner*, AJP 2013 (Fn.), 698 (703 ff.).

⁴⁶ Zur Problematik einer solchen Definition in der Verfassung *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn.), Rn. 38; s. auch die Bemerkungen bei m.w.N., *Knuchel*, Jusletter v. 12.11.2013 (Fn.), Rn. 26 ff.

⁴⁷ Vgl. hierzu BG, 2C_828/2011 E. 4.2.1, mit ausführlicher Bezugnahme auf die Literatur.

⁴⁸ S. insofern auch die diesbezüglich sehr klare Formulierung von *Hangartner*, AJP 2013 (Fn.), 698 (700), der folgendes festhält: „Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden.“

Vor diesem Hintergrund ist jeweils zu beachten, dass auch solche neuen Verfassungsbestimmungen nicht zur Aufhebung oder Modifikation des Art. 190 BV und des die rechtsstaatlichen Grundsätze verankernden Art. 5 BV führten. Insofern bestünde also ein innerer Widerspruch in der Verfassung,⁴⁹ und es wäre durch Auslegung zu ermitteln, was gälte, wobei der Gesamtzusammenhang der Verfassung und die praktische Konkordanz zu berücksichtigen wären. Zu beachten wäre jedenfalls, dass sowohl Art. 190 BV als auch Art. 5 BV in einem Spannungsverhältnis zu einer derartigen (spezifischen oder allgemeinen) Vorrangregelung stünden. Daher erschiene zumindest eine isolierte Durchbrechung dieser Bestimmungen wenig systemkonform (zumal auf diese Weise die genannten Bestimmungen im Falle mehrerer in diese Richtung gehender Initiativen bzw. Verfassungsbestimmungen ausgehöhlt werden könnten); hinzu kommt, dass es bei Art. 5 BV um zentrale Grundsätze des Rechtsstaates geht.⁵⁰

Soweit das Ansinnen zur Debatte steht, über eine Verfassungsmodifikation ganz allgemein den Vorrang des Landesrechts (zumindest von Bundesgesetzen und / oder der Verfassung) im Verhältnis zum Völkerrecht festzuschreiben, ist zu betonen, dass auf diese Weise vor dem Hintergrund des Gesagten einerseits zentrale Garantien⁵¹ der prozeduralen Rechtsstaatlichkeit in Frage gestellt würden, andererseits aber auch – indem menschenrechtliche Garantien (allenfalls abgesehen vom zwingenden Völkerrecht) auf der Grundlage dieses Ansinnens ebenfalls gegenüber Landesrecht zurücktreten müssten – materielle Aspekte der Rechtsstaatlichkeit zur Disposition gestellt werden sollen: Denn es gehört wohl zu den Grundfesten des Rechtsstaates, dass auch „gegen“ Mehrheitsentscheidungen gewisse Grund- und Menschenrechte zu garantieren sind, und die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Menschenrechtskonvention ist Ausdruck davon, dieser Überzeugung eines liberalen Staats- und Rechtsverständnisses, in dessen Rahmen ein Ausgleich zwischen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie finden ist,⁵² Rechnung tragen zu wollen. Hinzukommt, dass – wie erwähnt –

⁴⁹ S. in diesem Zusammenhang auch *Hangartner*, AJP 2013 (Fn.), 698 (703), der zutreffend darauf hinweist, dass in diametralem Widerspruch zur schweizerischen Rechtstradition stehe, Verträge – die man schliesslich freiwillig und unter Beachtung der einschlägigen, auch demokratisch legitimierten Verfahren zustande gekommen sind – nicht zu beachten.

⁵⁰ Die Bedeutung des Grundsatzes der praktischen Konkordanz auch hervorhebend BG, 2C_828/2001 E. 4.2; zu diesen Erwägungen des Bundesgerichts zustimmend *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn.), Rn. 10 ff.; kritisch jedoch *Biaggini*, ZBl. 2013, 316 (320 ff.); aus der Literatur im Einzelnen im Zusammenhang mit „völkerrechtswidrigen“ Volksinitiativen *Reich*, ZaöRV 2008 (Fn.), 979 (1006 ff.), m.w.N.

⁵¹ Oben III.1.

⁵² Zur gegenseitigen Bedingtheit von Demokratie und Rechtsstaat etwa die Überlegungen bei Überlegungen bei *Giusep Nay*, Demokratie und Rechtsstaat. Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig – zehn Jahre neue Bundesverfassung, 2009, 165 ff.; s. auch *Giorgio Malinverni*, Démocratie directe et droits de l'homme, FS Andreas Auer, 2013, 453 ff.; *Knuchel*, Jusletter v. 12.11.2013 (Fn.), Rn. 25. S. aber auch *Seiler*, FS Borghi (Fn.), 511 ff., der die Meinung vertritt, die „heutige Menschenrechtspraxis (bedroht) Gesetzesstaat und Demokratie“. Dieser Ansatz verkennt jedoch, dass der Umstand, dass man einzelne Entwicklungen oder Urteile des EGMR mit möglicherweise guten Gründen kritisieren mag, nicht (zwingend) impliziert, dass das System des Menschenrechtsschutzes auf internationaler Ebene als solches in Frage gestellt werden muss: Der Umstand, dass es eine Gerichtsbarkeit auf internationaler

die Einführung auch einer solchen allgemeinen Bestimmung nichts daran änderte, dass die ihr entgegenlaufenden Verfassungsartikel nach wie vor fortbestünden.

Insgesamt sprechen vor diesem Hintergrund gute Gründe dafür, dass derartige Volksinitiativen grundsätzlich nur dann zur „Durchbrechung“ der (bislang) geltenden und in der Verfassung niedergelegten Grundsätze führen können, wenn nicht nur ein solcher neuer Verfassungsartikel eingeführt wird, sondern nur dann, wenn gleichzeitig auch ein entsprechender Vorbehalt in denjenigen Bestimmungen eingefügt wird, mit denen solche Initiativen in Konflikt stehen. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn es zentrale rechtsstaatliche Grundsätze oder grundsätzliche strukturelle Bestimmungen zur Debatte stehen. Im vorliegenden Zusammenhang implizierte dies daher z.B. und insbesondere eine „geeignete“ Relativierung des Art. 5 Abs. 4 BV sowie des Art. 190 BV; hinzu kämen ggf. – im Anschluss an die materiell-rechtlichen Bestimmungen – Relativierungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sowie gewisser grundrechtlicher Garantien (wie z.B. des Rechts auf Familienleben).

Jedenfalls bleibt die Feststellung, dass der Umstand, dass durch letztlich immer isolierte und kaum in einem Gesamtzusammenhang diskutierte Volksinitiativen Grundfeste des in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen demokratischen Rechtsstaates in Frage gestellt werden oder gar zur Disposition gestellt werden sollen, wenig befriedigend ist, insbesondere wenn man bedenkt, dass – wie eingangs erwähnt⁵³ – eigentliche materielle Konflikte Seltenheitswert haben. Es ist zu wünschen, dass diese grundlegenden Aspekte in der Diskussion um das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vermehrt Beachtung finden.

Ebene gibt, bedingt die Massgeblichkeit der Urteile dieser Instanz, auch wenn man sie in Einzelpunkten kritisieren mag. S. insoweit auch schon oben III., am Ende.

⁵³

Oben I.